

Martedì, 1 settembre 1998

Presiede:

Enzo SILVESTRI

*(già Ordinario di Diritto Amministrativo
nell'Università di Messina)*

ENZO SILVESTRI

(c.s.)

Signore e signori, avete certamente notato che il programma di oggi è particolarmente vasto ed impegnativo.

Consentitemi tuttavia – prima di dare inizio ai lavori – un ringraziamento caloroso, affettuoso al carissimo Prof. Fanara che mi ha voluto oggi fra voi, ricordandosi forse che nella mia verde età ho dedicato particolare attenzione allo studio delle concessioni amministrative.

Notavo fin da allora che l'espressione "concessione amministrativa" assume, nell'uso comune e nello stesso linguaggio legislativo, molteplici significati, alcuni dei quali del tutto impropri.

Rilevavo inoltre che si incontrano notevoli difficoltà nel determinare l'estensione e i confini di tale categoria. Queste incertezze e questi inconvenienti non solo non sono venuti meno, ma si sono via via accresciuti grazie anche a una tecnica legislativa spesso di livello scadente.

Il diritto comunitario ha comportato poi l'introduzione automatica, anche nel settore delle concessioni di trasporto pubblico, come peraltro in numerosi altri settori del diritto pubblico e del diritto privato, di regole e principî che si sovrappongono alla normativa interna vigente.

È agevole quindi rendersi conto che il sopraggiungere di questa normativa comunitaria viene a creare talvolta degli ibridi che sono la risultante della giustapposizione di elementi eterogenei e che comportano il vacillamento di consolidati principî e teorie generali. Siamo spettatori così di una pseudo-rivoluzione copernicana che costringe il giurista ad una nuova approfondita rivisitazione della teoria generale dei singoli settori.

D'altra parte, in presenza di una realtà nuova, che vede gli appartenenti ai Paesi comunitari titolari di un nuovo *status*, di una

pseudo-cittadinanza comunitaria, appare indispensabile che in taluni importanti settori dei rapporti economico-sociali vi sia uniformità, almeno dei principî generali; così, ad esempio, nel settore degli appalti pubblici, dei servizi pubblici essenziali, delle assicurazioni, del diritto bancario, in talune categorie di obbligazioni e così via discorrendo.

Spetterà al legislatore, che non farà male a tenere conto, per le questioni più importanti, dei pareri delle Facoltà universitarie e degli organismi rappresentativi delle categorie interessate, procedere tempestivamente all'aggiornamento e al coordinamento della normativa esistente con quella comunitaria, utilizzando una tecnica legislativa più efficiente e fornendo soprattutto testi normativi intellegibili.

Oggi dovremo occuparci del servizio ferroviario di trasporto pubblico, settore indubbiamente di notevole importanza sotto il profilo economico e sociale. Sono previste tre relazioni che coprono l'intera area della problematica giuridica di questo importante servizio, relazioni affidate a tre valorosi e attenti docenti: una scelta davvero felice. Il tema della concessione del servizio ferroviario verrà trattato dal prof. Tigano, il secondo tema, concernente la trasformazione delle F.S. da Ente pubblico a Società per azioni, sarà svolto dal prof. Bavetta. La terza relazione, sulla responsabilità del vettore, è affidata al Prof. Fanara.

In aggiunta vi sarà un'ulteriore relazione, di carattere tecnico-economico del dott. Cirillo Orlandi, dal titolo: *"La sfida merci, banco di prova delle Ferrovie dello Stato sul piano intermodale e intramodale"*.

Desidero esprimere l'augurio, anzi la certezza, che noi tutti, a conclusione dei lavori della giornata, avremo arricchito il nostro patrimonio culturale e avremo nozioni e idee più chiare in questa complessa materia di straordinario interesse, scientifico e pratico. Ringrazio e dò la parola al prof. Tigano.

RELAZIONI

ALDO TIGANO

(Ordinario di Diritto Processuale Amministrativo nell'Università di Messina)

**CONCESSIONE PER L'ESERCIZIO
DEL SERVIZIO FERROVIARIO DI TRASPORTO PUBBLICO,
CONTRATTO DI SERVIZIO PUBBLICO, CONTRATTO DI PROGRAMMA:
PROFILI STRUTTURALI.**

1. Il quadro normativo di riferimento della concessione per l'esercizio del servizio ferroviario di trasporto pubblico è costituito principalmente: dal decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1992, n. 359, che prevede fra l'altro la trasformazione in società per azioni di alcuni enti pubblici, fra i quali l'Ente Ferrovie dello Stato; dalla direttiva 91/440 del 29 luglio 1991 che reca principi fondamentali per lo sviluppo delle Ferrovie comunitarie; dalla legge 14 luglio 1938, n. 238, che reca disposizioni in tema di contratti di programma e di contratti di servizio delle Ferrovie dello Stato; dalla legge 24 dicembre 1993, n. 538, art. 4, IV comma, secondo cui i rapporti fra lo Stato e la società Ferrovie dello Stato concernenti gli obblighi di esercizio del servizio di trasporto e tariffari, sono regolati, ai sensi della direttiva comunitaria e dei regolamenti comunitari, mediante contratto di programma e contratto di servizio pubblico; e da altre disposizioni contenute soprattutto nelle leggi di approvazione del bilancio, che qui è inutile ricordare perché sostanzialmente prive di rilevanza per lo svolgimento del tema oggetto della mia relazione.

2. Più importante è rilevare, invece, che secondo quanto si può desumere dalle norme citate, gli atti che entrano in gioco nella concessione in esame sono, sotto l'aspetto tipologico, un decreto

ministeriale, un contratto di servizio pubblico ed un contratto di programma.

Il decreto ministeriale sembra avere, come principale effetto, l'affidamento dei servizi e delle attività che della concessione stessa costituiscono l'oggetto, e cioè: l'esercizio del servizio ferroviario di trasporto pubblico, nelle relazioni già servite dalla rete delle Ferrovie dello Stato, l'esercizio del servizio di trasporto pubblico via mare fra terminali ferroviari anche di nuova costruzione, la progettazione e costruzione di nuove linee di impianti, nonché il potenziamento e l'ammodernamento delle linee e degli impianti esistenti.

Allo stato, il decreto ministeriale che ha ad oggetto l'affidamento in concessione del servizio è il decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione del 26 novembre 1993. In forza di tale decreto opera, quale concessionaria, una società di capitali costituita con delibera del CIPE del 12 agosto 1992 in attuazione di quanto dispone l'art. 14 della citata legge 359 e che ha come finalità statutaria di assumere la gestione di tutte le attività già di pertinenza dell'Ente Ferrovie.

Si tratta di una società che esercita la sua attività in regime di impresa, con i limiti, però, connessi alla presenza della concessione, per cui per esempio è obbligata a svolgere il servizio ai sensi dell'art. 1679 cod. civ.

L'autonomia gestionale della concessionaria si manifesta soprattutto nella definizione della consistenza dei servizi offerti ai clienti e delle condizioni generali di trasporto, nonché nella determinazione del prezzo dei servizi, tenendo conto dei propri costi di produzione, delle condizioni di mercato e di altri elementi indicati all'art. 13 della concessione.

Il contratto di servizio pubblico e il contratto di programma sono strumenti aventi natura negoziale, destinati necessariamente ad integrare la disciplina della concessione.

Il contratto di servizio ha come scopo precipuo di disciplinare la quantità e qualità delle linee da destinare al servizio di trasporto, l'orario dei servizi viaggiatori, il prezzo delle prestazioni che formano oggetto del contratto, e così via.

Il contratto di programma, invece, definisce i criteri contabili, economici e tecnici di gestione delle infrastrutture ferroviarie di proprietà della società, i reciproci obblighi per il mantenimento in servizio delle linee degli impianti, gli investimenti di potenziamento-ammodernamento della rete e degli impianti stessi.

3. È piuttosto arduo stabilire se tutti gli atti prima elencati (concessione, contratto di servizio pubblico, contratto di programma) concorrono alla nascita della concessione e poi in quale misura ciascun atto concorre alla disciplina del relativo rapporto.

Altrettanto ardua è la definizione della natura giuridica degli atti sopra elencati. Storicamente, le fattispecie costitutive di rapporti bilaterali con la pubblica amministrazione si sono prestate a varie ricostruzioni giuridiche.

In generale, si può dire che in questo settore vengono individuati quali fonti del rapporto giuridico o il provvedimento o il contratto o il provvedimento-contratto.

Anche fra i sostenitori della teoria della cosiddetta “fattispecie a doppio grado” (provvedimento più atto negoziale) non vi è unanimità di vedute né sulla natura privata o pubblica dell’atto negoziale, né sul rapporto fra quest’ultimo ed il provvedimento.

4. I dubbi ora rilevati investono anche il campo delle concessioni, come abbiamo sentito, delle quali sono incerte sia la struttura, sia la natura degli atti presenti nella relativa fattispecie, sia la combinazione esistente fra i vari atti.

In sintesi si può dire che l’opinione prevalente, specie presso la giurisprudenza, è nel senso che nella fattispecie dalla quale scaturisce il rapporto di concessione sono presenti due atti: un atto amministrativo ed una convenzione privatistica, che si combinano fra di loro per concorrere alla costituzione del rapporto.

È incerta però la relazione che si instaura fra l’atto negoziale e il provvedimento, in quanto la prevalenza, nell’ambito della fattispecie, viene assegnata ora all’uno ora all’altro elemento.

Il punto debole di questa costruzione risiede soprattutto nella sua generalizzazione e nella sua applicazione, quindi, a tutte le concessioni amministrative, dalle più semplici alle più complesse. Il suo merito, invece, è di avere contribuito ad incrinare la validità delle costruzioni tradizionali dell'atto amministrativo, visto quale unico ed esclusivo strumento per la realizzazione dell'interesse pubblico. È risaputo, infatti, che, in una certa fase di evoluzione del diritto amministrativo, sono state privilegiate ricostruzioni unilaterali, anche con riferimento a casi dubbi, quali concessioni di beni e soprattutto concessioni di servizio, per la convinzione che l'elaborazione della decisione, all'interno della P.A., costituisca la garanzia di una maggiore efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, rispetto a decisioni elaborate contrattualmente.

5. La presenza del consenso dei privati anche per «le cose pubbliche» non costituisce una realtà improvvisamente manifestatasi in tempi recenti.

Nella realtà italiana dei primi decenni del secolo scorso, l'amministrazione anzi, sotto l'influenza delle scelte francesi, faceva largo uso, per la cura dell'interesse pubblico, degli strumenti consensuali in alternativa a quelli autoritativi, senza che si ponesse alcun problema circa l'ammissibilità di moduli contrattuali nell'azione della pubblica amministrazione.

Del resto, lo stesso principio di divisione dei poteri fin dalla sua prima solenne proclamazione nella Dichiarazione dei diritti dell'89 si manifestò come causa efficiente dell'autonomia e dell'indipendenza del potere amministrativo ed ebbe il suo campo di elezione nelle regole del contenzioso e nella sottrazione delle controversie fra amministrazioni cittadine al giudice ordinario piuttosto che sul piano della tipologia delle attività.

Gli atti, cioè, venivano sottratti al giudice ordinario in ragione non della loro natura contrattuale o unilaterale, bensì della loro provenienza da una agenda della pubblica amministrazione. Per esempio, l'art. 13 della legge n. 26/16 del 24 agosto 1790, stabiliva che «tutte le operazioni che si eseguono per ordine del governo o dei suoi agenti immediati, sotto la sua sorveglianza e con i fondi

forniti dal tesoro pubblico, sono sottratti alla competenza dei tribunali ordinari perché sono “affari amministrativi”».

6. Anche in Italia, quando la primissima scienza del Diritto amministrativo iniziò ad elaborare la nuova definizione di atto amministrativo, la prima classe degli atti soggettivamente amministrativi fu proprio quella dei contratti stipulati dalla pubblica amministrazione. Sennonché gli effetti della legge abolitiva del contenzioso amministrativo e della conseguente devoluzione al giudice ordinario delle controversie nelle quali si fa questione di un diritto civile e politico non risparmiarono neppure la materia contrattuale, presto e necessariamente sollecitata verso quelle distinzioni fra momenti provvedimentali e momenti contrattuali dell'attività amministrativa, che tendevano a riportare nella sfera dell'amministrazione (e comunque a sottrarre al giudice ordinario) i tratti dell'attività negoziale della pubblica amministrazione in cui si manifesta l'autorità (che poi sono i tratti della cosiddetta evidenza pubblica della decisione di contrastare la scelta del contraente e così via).

7. Si assiste quindi ad uno strano fenomeno. Da un lato, l'espressione “contratto di concessione” viene frequentemente adoperata anche dal legislatore, sia per materie tradizionali come le concessioni di acqua e di beni demaniali in genere, sia per nuove materie, quali quelle ferroviarie in particolare. Dall'altro lato, la progressiva sacralizzazione del potere statale porta a considerare il provvedimento come l'atto giuridico tipico ed apparentemente anche esclusivo dell'agire amministrativo, sicché il procedere per consenso, elemento naturale di tutta la materia contrattuale, arretra improvvisamente e rimane marginalizzato.

L'idea del collegamento esclusivo fra l'interesse pubblico e il potere amministrativo, da un lato, e la visione del provvedimento quale unico strumento di esercizio della funzione amministrativa, dall'altro, finirono per riflettersi in senso negativo sul riconoscimento della possibilità di procedere alla sistemazione degli interessi attraverso il contratto, quando erano in gioco un bene o un'attività pubblica.

8. La rigida assimilazione della concessione ad un provvedimento unilaterale entra però in crisi con l'avvento dello stato pluriclasse e con il manifestarsi della esigenza di assicurare la erogazione di servizi (quali ferrovie, tramvie, funivie, filovie, gas, telegrafo, energia elettrica, telefono) di indubbia utilità sociale, ma il cui esercizio in forma industriale richiedeva l'impiego di forti capitali, non sempre, anzi quasi mai, disponibili da parte dello Stato.

L'esigenza di avvalersi della collaborazione dell'industria privata per la realizzazione di uno scopo di pubblico interesse faceva vacillare dalle fondamenta la costruzione ideologica secondo cui l'amministrazione avrebbe il monopolio delle attività capaci di soddisfare i bisogni della collettività e l'atto amministrativo costituirebbe l'unico strumento per realizzare il pubblico interesse.

Non solo, infatti, emergeva il dato obiettivo della presenza di gruppi la cui forza economica, in certi casi, per esempio nel campo dell'energia e delle ferrovie, non aveva nulla da invidiare a quella dello Stato, ma soprattutto si rilevava la inidoneità dell'atto unilaterale ad acquisire le prestazioni di tali gruppi e a disciplinare i rapporti con questi ultimi, specie per quanto riguarda gli aspetti relativi alla durata e alla stabilità del rapporto, al profilo economico di quest'ultimo e così via.

Al depotenziamento dell'atto unilaterale quale strumento sufficiente ad assicurare la costituzione e la disciplina del rapporto corrispondeva una rivalutazione dell'attività contrattuale. E il rilievo pubblicistico dell'attività esercitata dal concessionario di servizio pubblico era così evidente che uno studioso del calibro di Zanobini fu indotto ad affermare che nella concessione si realizzerebbe un caso di esercizio privato di pubbliche funzioni, tale da giustificare l'inquadramento del concessionario fra gli organi indiretti della pubblica amministrazione.

La difficoltà di superare le remore verso il contratto di diritto pubblico e la constatazione della presenza, però, accanto all'atto unilaterale, di un atto negoziale, certamente rilevante per la costituzione del rapporto ed influente sulla disciplina di quest'ultimo, portò - come è noto - la giurisprudenza e poi la migliore dottrina ad

elaborare il modulo della concessione-contratto, ritenuto come l'unico capace di rispecchiare la complessa realtà delle concessioni nelle quali concorrono autorità e consensualità.

Nel concreto, i problemi maggiori il suddetto modulo li ha posti in ordine al collegamento fra le vicende del provvedimento e quelle del contratto. Al riguardo la soluzione più convincente mi sembra quella avanzata dal prof. Silvestri secondo cui la caducazione per revoca o per altro di uno dei due atti fa venire meno anche l'altro.

9. Secondo la migliore dottrina, il panorama dei tipi strutturali che caratterizzerebbero i rapporti concessori sarebbe piuttosto ampio; in particolare si ritiene che la struttura delle concessioni di servizi sarebbe o integralmente contrattuale, o mista per la compresenza di un contratto e di un provvedimento, o provvedimentale.

Nella concessione con struttura contrattuale, il rapporto nascerebbe da una convenzione che ne regola tutti gli aspetti. L'unico atto amministrativo che interviene è il decreto di approvazione del contratto, che si limita però a ripetere la formula secondo cui la convenzione "è approvata e resa esecutoria".

La clausola concessoria, invece, con la quale l'amministrazione conferisce la concessione è contenuta non in tale decreto, ma nell'atto negoziale.

La struttura contrattuale avrebbe avuto, secondo la citata dottrina, larga diffusione in passato sia in materia di ferrovie concesse all'industria privata, di tramvie, di funivie, di filovie, sia in materia di concessioni comunali.

Anche le più moderne e complesse concessioni di servizio, specie nel campo dei trasporti aerei e marittimi di linea, avrebbero struttura contrattuale alla stessa stregua delle concessioni di servizi radiotelevisivi, telefonici e telegrafici.

La concreta esistenza del modulo contrattuale sarebbe desumibile principalmente da due elementi: il primo è la inclusione nel contratto della clausola concessoria e dei precetti di regolazione patrimoniale ed organizzativi del rapporto; il secondo è l'assenza,

accanto al contratto, di un atto amministrativo, anche implicito, ma non in funzione di mero controllo.

Lo schema più seguito è quello dell'atto negoziale preceduto, affiancato, o seguito da un provvedimento unilaterale. In genere il provvedimento che precede il contratto si colloca nella fase dell'evidenza pubblica e svolge o la funzione meramente strumentale della individuazione del concessionario o la funzione di preconstituire il rapporto concessorio che viene poi perfezionato con la stipula del contratto.

In altri casi, invece, è il contratto che precede il provvedimento, il quale ripete e conferma le clausole già inserite nell'atto negoziale, approvate da quest'ultimo.

Secondo una parte della dottrina, anche in quest'ultima ipotesi l'atto costitutivo sarebbe sempre il contratto e il provvedimento si limiterebbe per il fine dell'evidenza pubblica ad operare una verifica della regolarità dei principali contenuti contrattuali.

Nel terzo modello strutturale, infine, cioè il modello provvedimentale, il tratto fisionomico è costituito dalla posizione di assoluta centralità che svolge il provvedimento in relazione sia alla costituzione che alla disciplina del rapporto, che si contrappone a quella piuttosto marginale del concessionario, la cui volontà ha una rilevanza meramente procedimentale e si manifesta o nella presentazione di un'istanza per ottenere la concessione o nella semplice firma di un disciplinare.

10. La rilevata disparità di vedute sulla natura delle concessioni di servizio pubblico non sembra superata neanche dopo l'entrata in vigore della legge 241/90 che, come è noto, all'articolo 11, detta norme fondamentali in materia di attività convenzionale della pubblica amministrazione.

La citata legge ha consentito di superare le varie obiezioni sull'ammissibilità della figura dell'accordo nel diritto pubblico, anche se vi è ancora chi sostiene che il contratto di diritto pubblico deve essere sempre preceduto da un atto amministrativo, sindacabile, da parte del giudice amministrativo, sotto il profilo della corri-

spondenza sia al pubblico interesse, sia alle regole che disciplinano l'azione amministrativa.

A parte ciò, il problema della natura contrattuale e del grado di vincolatività si è posto anche per i cosiddetti accordi integrativi, gli accordi preliminari, il cui scopo sarebbe quello di integrare consensualmente il contenuto del provvedimento da emanare o già emanato.

Un altro punto controverso riguarda la posizione che ha il cosiddetto accordo preliminare rispetto al provvedimento, in quanto, mentre vi è chi sostiene che l'accordo disciplina non tutti gli elementi dell'atto, ma solo quella porzione di contenuto del medesimo, soggetto ad un potere discrezionale, altre inclinano a ritenere che la sistemazione sostanziale degli interessi sarebbe opera dell'accordo integrativo, mentre il provvedimento realizzerebbe l'accordo stesso sul piano della formale produzione degli effetti giuridici necessari per realizzare il programma già concordato.

11. I brevi cenni sull'art. 11 consentono di affermare che la relativa disciplina è così ampia e variegata da coprire il panorama dei titoli strutturali che caratterizzerebbero i rapporti concessori. Si tratta quindi di vedere in concreto quale funzione svolge ciascuno degli atti presenti nella concessione che stiamo esaminando e quale sia la reciproca posizione dei vari atti tra di loro.

Al riguardo si può subito osservare che l'autonomia funzionale del decreto ministeriale 26 novembre '93, di affidamento del servizio, è piuttosto limitata, sia sul piano dell'individuazione del concessionario, sia su quello della costituzione e della regolazione del rapporto.

Per quanto riguarda la individuazione del concessionario e la sua investitura nella gestione, non è difficile constatare che i margini di apprezzamento spettanti al ministero al momento della costituzione del rapporto concessorio con la s.p.a. erano nelle note vicende relative alla trasformazione dell'Ente Ferrovie dello Stato in una società di capitali pressoché inesistenti.

Eguale limitata è l'autonomia del concedente con riguardo alla cessazione anticipata del rapporto. Sono previste infatti

la decadenza e la revoca parziale nell'art. 20 del decreto concessivo, ma l'una e l'altra dipendono dall'accertamento di gravi e persistenti violazioni degli obblighi di servizio, anziché da una nuova valutazione unilaterale ed autoritativa dell'opportunità di mantenere in vita la concessione.

Quindi non si tratta di revoca, né totale né parziale, ma di una semplice decadenza comune nei rapporti bilaterali in cui vi è una parte che non adempie ai suoi obblighi.

Non sarebbe quindi azzardata l'affermazione che quella relativa al servizio ferroviario di trasporto pubblico sia una concessione *ope legis* con riferimento almeno al profilo relativo all'individuazione e alla investitura del concessionario. In altre parole, la scelta del concessionario e l'affidamento del servizio, hanno una rilevanza funzionale piuttosto limitata. La sostanziale svalutazione del provvedimento unilaterale con il quale viene formalmente affidato il servizio, da una parte, induce a scartare la possibilità di includere la concessione in esame fra gli atti a struttura provvedimentale e, dall'altro lato, costringe a cercare di individuare gli atti ai quali in concreto si può effettivamente ascrivere la disciplina di quello che viene ritenuto un elemento essenziale della concessione, ossia il programma di gestione. La classificazione della singola concessione come concessione a struttura provvedimentale, contrattuale o mista dipende infatti dal maggiore o minore peso che ha il contributo concreto delle parti nella definizione degli elementi essenziali della concessione.

È appena il caso di ricordare che il programma di gestione contiene la definizione delle modalità qualitative e quantitative dei servizi, dei ritmi, delle intensità di erogazione delle prestazioni, dei corrispettivi a carico dei beneficiari, dei concorsi nelle spese da parte del concedente o di altri soggetti pubblici e così via. Il programma di gestione, quindi, definendo l'attività in forma imprenditoriale che il concessionario è tenuto a svolgere per esercitare il servizio pubblico, individua le prestazioni che costituiscono l'oggetto stesso della concessione che senza tale programma sarebbe pertanto priva di un elemento essenziale.

Orbene il programma di gestione relativo alla concessione di cui al citato decreto ministeriale è fondamentalmente definito dalle clausole contenute nel contratto di programma e soprattutto nel contratto di servizio pubblico.

12. L'esame anche sommario del contenuto del contratto di servizio pubblico e del contratto di programma, di cui agli artt. 14 e 15 del decreto ministeriale 26 novembre '93, consente di affermare che tali atti concorrono a definire un elemento essenziale della concessione.

L'autonomia funzionale di tali atti rispetto al provvedimento unilaterale di concessione, e la rilevanza dei medesimi, sono quindi fuori discussione. Si possono avere dubbi, invece, sulla natura effettivamente paritetica della contrattazione tra ministero e società, nella quale intervengono, è bene sottolinearlo, per un parere sullo schema di contratto o di revisione del medesimo, addirittura le competenti commissioni parlamentari. La evidente posizione di preminenza dello Stato è però controbilanciata sul piano pratico dal fatto che controparte del ministro è una società per azioni, le cui esigenze vengono certamente prese in considerazione, tenute in particolare conto dal concedente; quando quest'ultimo deve definire i limiti della propria azione, deve quindi valutare ad esempio quali e quante domande potenziali dell'utenza debbono essere soddisfatte, con quali corrispettivi e con quali altre risorse aggiuntive, ecc.

Sull'autonomia del contratto di servizio pubblico rispetto al provvedimento di concessione e sulla sua collocazione funzionale non dovrebbero comunque esistere dubbi in generale, tenuto conto che l'art. 18 del decreto legislativo 422/97, nel dettare norme sull'organizzazione dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, stabilisce che l'esercizio di tali servizi, con qualsiasi modalità effettuati e in qualsiasi forma affidati, è regolato mediante contratto di servizio di durata non superiore a nove anni. Da questa norma, almeno testualmente, sembra emergere infatti che scopo precipuo del contratto di servizio pubblico non è l'affidamento del servizio, ma la disciplina del suo esercizio. Più incerta, invece, sembra al-

meno in partenza la posizione del contratto di programma per la difficoltà di procedere nell'odierna esperienza giuridica ad una ricostruzione unitaria della figura. Si può ad esempio ricordare che il decreto legislativo 25 luglio 1997, n. 350, istitutivo dell'ente nazionale dell'aviazione civile, prevede la stipula di un contratto di programma caratterizzato dal fatto di non essere accessivo ad un provvedimento e di non integrare una disciplina o un oggetto limitato. Scopo precipuo del suddetto contratto è quello di regolamentare in via convenzionale, almeno a mio avviso, le attribuzioni dell'ente. La sua funzione è quindi una funzione eminentemente organizzatoria.

Del contratto di programma si occupa anche l'art. 2, comma 203, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 che lo include fra gli accordi che implicano l'assunzione di decisioni istituzionali e la gestione di risorse finanziarie. In questo caso il contratto di programma stipulato fra amministrazioni statali, grandi imprese, consorzi di medie e piccole imprese, per la realizzazione di interventi, oggetto di programmazione negoziata, ha la fisionomia di un atto negoziale attuativo di un programma generale anch'esso negoziato. Si tratta quindi di uno strumento avente una funzione simile a quella del regolamento di esecuzione, anche se di natura negoziale.

Per quanto riguarda invece il settore delle concessioni di servizio ferroviario di trasporto pubblico, la inclusione del contratto di programma nella categoria degli atti diretti ad integrare la disciplina di un rapporto fondato sul consenso trova un valido supporto, sia nell'esame svolto in precedenza, sia nell'art. 4, quarto comma, della legge 538/93, secondo cui il rapporto fra lo Stato e la s.p.a. è disciplinato anche da un contratto di programma.

13. Non si può negare quindi ai due atti negoziali che, come si è constatato, concorrono ad integrare la disciplina della concessione, una rilevanza giuridica propria ed ulteriore rispetto a quella del provvedimento di formale affidamento del servizio. Questo dato, congiunto all'altro, prima rilevato, sulla scarsa forza creatrice riconoscibile al decreto ministeriale di affidamento della gestione, costituisce – come già rilevato – la base sulla quale poggiare

l'affermazione contraria all'inclusione della concessione in esame fra quelle aventi struttura provvedimentale.

L'autonomia rispetto alla definizione del programma di gestione dalla disciplina del rapporto, che indubbiamente caratterizza il contratto di servizio pubblico e il contratto di programma, dovrebbe fare propendere per l'inquadramento della concessione in esame fra quelle a struttura contrattuale.

Forti dubbi su tale inquadramento nascono però dalla considerazione che il modello contrattuale presuppone la preminenza della consensualità sia per quanto riguarda la disciplina del rapporto, sia per quanto concerne l'affidamento della gestione. Nel caso della concessione del servizio ferroviario di trasporto pubblico, il momento della consensualità è piuttosto accentuato, almeno sul piano normativo, con riferimento alla disciplina del rapporto in quanto – come già rilevato – sia le direttive comunitarie, sia la legislazione interna considerano i contratti di servizio pubblico, il contratto di programma, come strumenti principali per la determinazione degli obblighi di esercizio, di trasporto e tariffario. La presenza, tuttavia, della clausola concessoria nel decreto ministeriale del 26 novembre 1993, pur con tutte le riserve già sollevate sulla possibilità di considerare tale decreto frutto di un'autonoma e originale decisione del concedente, solleva forti dubbi sulla correttezza di tale inquadramento, anzi fa intuire che la soluzione più equilibrata e vicina allo stato delle cose può essere quella secondo cui nel caso iniziale si è in presenza di una concessione con struttura mista, classificabile (per utilizzare una formula ormai classica) come concessione-contratto.

14. La preferenza per quest'ultima soluzione ha un appiglio pratico nella riscontrata coessenzialità degli spazi lasciati liberi dal legislatore del provvedimento unilaterale di formale investitura nella gestione del servizio e dei contratti integrativi della disciplina del rapporto e del programma di gestione, resa palese questa coessenzialità dalla considerazione che il contratto presuppone la concessione, quest'ultima non può coesistere senza di quello.

Quest'ultimo dato giustifica la pregiudiziale contrarietà al tentativo di esplorare se nel caso in esame ricorra l'ipotesi

dell'accordo sostitutivo di provvedimento di cui all'art. 11 della legge 241, almeno nelle interpretazioni più accreditate di quest'ultima norma secondo cui l'accordo sostitutivo presuppone che nessuna delle costituenti situazioni giuridiche soggettive abbia quale matrice un provvedimento unilaterale a sé stante, soprattutto che l'accordo non dipenda in tutto o in parte dal provvedimento.

Nel prospettare la qualificazione dell'istituto in esame come concessione-contratto non si può non segnalare che, a prescindere dalla permanente vitalità di tale figura sul piano della teoria generale, la dottrina ha ormai da tempo superato l'idea che la relativa ipotesi ricorra qualora la disciplina del rapporto sia pressoché integralmente dettata dal provvedimento concessorio e che la convenzione successiva riguardi aspetti marginali, attuativi del rapporto stesso. La constatazione dell'esistenza, all'interno del modello della concessione-contratto, di una varietà di combinazioni possibili fra il provvedimento e l'atto negoziale si giustifica a questo punto, trattandosi di un modello convenzionale accessorio o comunque integrativo che richiama quello dell'art. 11.

Bisogna cercare di stabilire se il contratto di servizio pubblico e quello di programma debbono essere inquadrati in tale modello, cioè nel modello della concessione-contratto o non piuttosto nell'altro schema, quello contemplato nel primo comma dell'art. 11.

L'opzione per l'uno o per l'altro inquadramento ha ricadute pratiche di notevole rilievo perché incidenti sull'individuazione dei poteri di autotutela spettanti al concedente, tali comunque da costituire sufficiente motivo per l'avvio dell'indagine. Lo svolgimento di quest'ultima richiede però una precisazione preliminare, e cioè che la concessione-contratto – questo è un punto che sottolineo con forza – costituisce nulla di più di uno schema generale, al cui interno esistono singole figure che presentano notevoli differenze con riguardo alla combinazione dell'elemento autoritativo e di quello consensuale, in dipendenza della diversa disciplina dettata dal legislatore caso per caso.

L'indagine, quindi, va compiuta con riferimento non alla figura generale della concessione-contratto, ma alla singola figura come concretamente disciplinata. Sotto questo angolo visuale è possibile constatare la presenza di importanti punti di contatto tra la fattispecie in

esame e quella prevista dal citato art. 11, ravvisabili nel fatto che in entrambe le ipotesi il privato è coautore in senso sostanziale della decisione da cui procede la sistemazione degli interessi in gioco, non meno sotto il profilo qualitativo e non quantitativo di quanto lo sia la P.A. La validità di questa impostazione dipende, ovviamente, dall'accettazione di alcune premesse sul rapporto pubblico-privato nel campo dei cosiddetti accordi preliminari e nell'ambito della concessione in esame, che costituiscono la base di ogni costruzione.

La riconduzione delle due figure al medesimo modulo convenzionale, quello cioè integrativo, presuppone una impostazione incentrata sulla distinzione fra responsabilità relativa alla formale costituzione del rapporto riservato alla P.A., che l'esercita unilateralmente con l'atto finale del procedimento, e responsabilità relativa alla disciplina del rapporto a carico di entrambe le parti, che la esercitano con atti negoziali. Ciò consente di mantenere ferma la distinzione tra pubblico e privato sul piano della produzione degli effetti giuridici, ma consente anche di considerare realizzata la collaborazione fra le due schede sul piano della formazione della decisione in senso sostanziale, superando, se necessario, anche la lettera dell'art. 11 che testualmente limita la portata dell'accordo alla parte discrezionale del contenuto del provvedimento.

La qualificazione delle due figure sarebbe però incompleta se si prescindesse dalla valutazione degli elementi distintivi esistenti fra di essi, fra i quali spicca la circostanza che i contratti di servizio pubblico e di programma, a differenza dell'accordo contemplato dall'art. 11, non sono preliminari e non possono essere revisionati periodicamente. E quindi la distinzione è fatta non perché vi sia una incompatibilità ontologica fra modulo convenzionale integrativo come categoria concettuale e dislocazione dell'accordo in un momento successivo a quello di adozione del provvedimento, quanto per la previsione di una revisione periodica dei suddetti contratti.

La possibilità di una revisione periodica dei suddetti contratti senza che occorra variare anche il provvedimento ministeriale, il decreto di concessione, espressamente previsto solo con riguardo alla concessione di servizio ferroviario, sta ad indicare che nel campo dei trasporti vi è una situazione di sostanziale equilibrio fra la sfera del concedente e quella del concessionario, come si desume dal fatto che

nel caso di revisione le clausole di natura pattizia si inseriscono nell'ordinamento giuridico senza la mediazione del provvedimento, cioè senza che occorra una riedizione dell'atto unilaterale, come invece è necessario nel caso previsto dall'art. 11, primo comma.

Senza proseguire in un esame che richiede ben altro approfondimento, ma che ha già consentito di raccogliere utili elementi di riflessione, si può quindi confermare che il modulo relativo alla concessione di servizio ferroviario è certamente un modulo convenzionale integrativo, senza però che da tale qualificazione discenda la possibilità di estendere alla speciale figura disciplinata dalle norme esaminate all'origine le previsioni contenute nell'art. 11.

Tra le previsioni dell'art. 11 non suscettibili di estensione rientrano, a mio avviso, quelle che prevedono la facoltà di recesso dalla P.A. con indennizzo. Tale facoltà, diretta ad garantire la stabilità del rapporto, presuppone infatti proprio l'assenza di uno strumento come la revisione, capace di adattare il rapporto alle sopravvenute esigenze di pubblico interesse senza necessità di soddisfare queste ultime, di porre fine al rapporto stesso. La facoltà di recesso con indennizzo all'art. 11 si giustifica con il fatto che la P.A., attraverso l'accordo preliminare, ottiene utilità che non realizzerebbe ove decidesse di agire unilateralmente, come è nelle sue possibilità. Diverso è invece il caso in cui, come nell'ipotesi della concessione-contratto, il momento della consensualità è indefettibile. L'amministrazione non può né dare, né avere alcunché se non contratta. In tale ipotesi il premio dell'indennizzo nel caso di recesso giustificato da sopravvenute esigenze di pubblico interesse sarebbe motivo, a mio avviso, di causa.

Per completezza si deve ricordare infine che problemi della giurisdizione in questa materia hanno ormai perduto ogni rilevanza in quanto il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, nel confermare la giurisdizione esclusiva, ha fatto anche venir meno l'interesse all'individuazione delle controversie proponibili ex art. 5 legge 1034/71, quindi le controversie per le concessioni-contratto, rispetto a quelle proponibili sempre in materia di giurisdizione esclusiva ex art. 11 della legge 241/90.

ENZO SILVESTRI

(c.s.)

Ritengo di interpretare il pensiero di tutti voi nel porgere il più vivo ringraziamento al prof. Tigano per questa splendida, stimolante relazione.

Avrete notato come in questa relazione vi sono due parti fondamentali: la prima riguarda l'esame delle varie teorie sulle concessioni, e chiunque ha dimestichezza con la ricerca scientifica non potrà non apprezzare come il prof. Tigano abbia riassunto brillantemente tutte le varie tesi, tutta una letteratura che risale alla fine del secolo scorso, quando per la prima volta si è occupato del problema Ranelletti, sino ai giorni nostri, in una sintesi perfetta in cui sono conciliate le esigenze sostanziali con quelle processuali.

Questa ricerca era indispensabile per poi passare alla qualificazione di questo nuovo istituto di recente creazione, ed anche qui lo sforzo del prof. Tigano è stato notevole nel dare una interpretazione a questa normativa che non è certo limpida, che non è certo esemplare. È il primo tentativo di qualificazione, del quale siamo grati al prof. Tigano, perché sull'argomento non esistono ancora né letteratura, né precedenti giurisprudenziali. È da sperare che qualcuno dei presenti abbia raccolto questo invito, questo stimolo e voglia riprendere questo tema, che è veramente affascinante. Grazie ancora al prof. Tigano.

A questo punto diamo la parola al prof. Bavetta, che si occuperà appunto del problema della trasformazione delle Ferrovie dello Stato in società per azioni. Il prof. Bavetta è docente nell'Università di Palermo, ma in un certo qual modo ha legami con la nostra Facoltà, perché a Palermo ha insegnato il suo maestro, il prof. Andrea Arena, che è un allievo di Pugliatti. Quindi noi messinesi lo consideriamo come uno di famiglia. Prego, prof. Bavetta.